

Sentencia T-295/11

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia

REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN EL ARTICULO 36 DE LA LEY 100/93-Reiteración de jurisprudencia

La Ley 100 de 1993, creadora del Sistema de la Seguridad Social Integral, al mismo tiempo que derogó los regímenes pensionales existentes con anterioridad a su expedición, mantuvo un Régimen de Transición tendiente a proteger los derechos de personas que se encontraban próximas a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, siempre y cuando las condiciones estipuladas para ser beneficiario de dicho régimen, se hubieran cumplido al momento de la entrada en vigencia de la Ley; esto es, el 1° de abril de 1994. En el caso de los servidores públicos afiliados al Instituto de Seguros Sociales antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el régimen pensional vigente era el de la Ley 33 de 1985, la cual en su momento unificó en 55 años la edad de jubilación para hombres y mujeres.

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-Reiteración de jurisprudencia

PENSION DE JUBILACION-Aplicación de la ley 33 de 1985

Referencia: expediente T-2828724

Acción de tutela instaurada por José Roselver Rodríguez Espitia contra el Instituto de Seguros Sociales, ISS.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Adriana Chethuán

Bogotá, DC., catorce (14) de abril de dos mil once (2011).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado, el 30 de agosto de 2010, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Granada, Meta, mediante el cual negó la acción de tutela interpuesta por José Roselver Rodríguez Espitia contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

Hechos

El ciudadano José Roselver Rodríguez Espitia, de 62 años de edad, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales con base en los siguientes hechos:

1. Cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, desde el 19 de abril de 1971 hasta el 16 de marzo de 1974; 1003 días en total, con una interrupción inferior a 45 días.

1. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales 6235 días ininterrumpidamente. Es decir, en total cotizó al sector público 7823 días que equivalen a 20 años, 1 mes y 8 días ó 1040 semanas.

1. El 28 de julio del 2009 presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ante el Instituto de Seguros Sociales, y en el mes de febrero de 2010 presentó acción de tutela para que la entidad le contestara, toda vez que, el 19 de noviembre de 2009, cuatro meses después, había reiterado la solicitud sin recibir respuesta.

1. El 27 de abril de 2010, el ISS en obediencia al fallo de tutela que protegió el derecho de petición del actor¹, profirió la resolución N° 010444, mediante la cual la Gerencia Seccional de Cundinamarca denegó el reconocimiento de la pensión con base en los siguientes argumentos:

* Al actor no le es aplicable el artículo 36 de la ley 100 de 1993 referente a la conservación del régimen de transición, por haberse afiliado a un fondo privado de pensiones. La entidad plantea este argumento con base en la interpretación que hace de la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional, en la cual se estudió la exequibilidad del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

* Horizonte Pensiones y Cesantías no ha trasladado los aportes efectuados por el actor, del Régimen de Ahorro Individual, RAI, al Régimen de Prima Media, RPM, administrado por el I.S.S. Pensiones.

1. El 22 de junio de 2010, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución N° 010444 de 27 de abril de 2010, con base en el argumento de que a él no se le debe aplicar el art. 1° de la Ley 100 de 1993, sino alguno de los dos regímenes siguientes:

* El artículo 1° de la Ley 33 de 1985 que exigía 55 años de edad y 20 de servicios para obtener la pensión de jubilación, ó

* La Ley 71 de 1988 aprobada mediante Decreto N° 758 de ese año, que exige 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 550 semanas, exclusivamente al I.S.S., dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

1. Manifiesta que su vida y mínimo vital están afectados con la situación descrita porque se

encuentra desempleado y vive prácticamente de la caridad pública; aduce quebrantos de salud y aporta pruebas respecto de padecer falla renal crónica desde hace mas de 14 años y tenerse que desplazar de Granada a Villavicencio entre 2 y 3 veces por semana para recibir tratamiento de diálisis; padece también cardiopatía mixta (isquémica, hipertensiva) e hiperparatiroidismo, y agrega que la única esperanza que tiene de mejorar su calidad de vida es empezar a recibir la pensión de vejez.

En conclusión, el actor cotizó 1040 semanas, cumplió los 55 años de edad en el año 2001 e hizo la solicitud de reconocimiento de la pensión en el mes de julio del año 2009.

Pruebas

1. Obran las siguientes:

* Fotocopia del fallo de tutela del 17 de febrero de 2010, del Juzgado Promiscuo de Familia de Granada, Meta, mediante el cual se ampara el derecho de petición del actor.

* Fotocopia de la resolución N° 010444 de 27 de abril de 2010.

* Fotocopia del recurso de reposición y apelación.

* Epicrisis de la Clínica del Rosario.

* Fotocopia del oficio del Instituto del corazón.

* Nota de la Fundación renal de Colombia.

* Certificación del 7 de marzo de 2011 expedida por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.

Solicitud de tutela

1. El 13 de agosto de 2010, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social, mediante la acción de ordenar al Instituto de Seguros Sociales aplicar en su caso, el régimen más favorable entre los contemplados en la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, y reconocerle la pensión de jubilación.

Intervención de la entidad demandada

1. El Instituto de Seguros Sociales no contestó la acción de tutela.

Decisiones Judiciales que se revisan

1. Mediante Sentencia del 30 de agosto de 2010, el Juzgado Promiscuo de Familia de Granada, Meta, negó la acción de tutela interpuesta con base en la verificación de los presupuestos jurisprudenciales de procedencia de la acción de tutela expuestos en las sentencias T-371 de 1996, T-718 de 1998, T-476 de 2001, T-1083 de 2001, T-634 de 2002, T-1309 de 2005, T-594 de 2007, T-1088 de 2007, T-762 de 2008, T-711 de 2004, T-651 de 2004, T-625 de 2004, T-556 de 2004, T-406 de 2005. T-594 de 2007, T-1088 de 2007, T-215 de 2008, T-878 de 2006 y T-878 de 2006, entre algunas otras.

1. Advierte que en principio el caso podría ser de naturaleza constitucional en consideración a las circunstancias personales del actor pero que al juez constitucional no le es posible otorgar la protección solicitada porque la controversia gira en torno al incumplimiento de uno de los requisitos exigidos por la ley para acceder a la pensión, el cual consiste en el número de semanas cotizadas y el régimen aplicable. Agrega que el propósito de la tutela se orienta a prevenir y repeler los ataques que se promuevan contra los derechos fundamentales, cuando de manera cierta e indiscutible la persona tiene un derecho que se le ha negado de manera arbitraria por una autoridad.

2. El actor cuenta con otros medios de defensa de los que está haciendo uso y en caso de no encontrar eco su pedimento, el que tiene a su disposición los elementos de juicio para determinar su derecho, es el juez ordinario laboral.

1. El fallo de tutela no fue impugnado.

Pruebas decretadas en Sede de Revisión

1. La Sala de Revisión, mediante Auto del 21 de febrero de 2011, dispuso suspender el término de resolución del trámite de revisión, con el fin de notificar la demanda de tutela a la Administradora del Fondo de Pensiones BBVA HORIZONTE Pensiones y Cesantías, para que se pronunciara sobre los hechos y fundamentos de la demanda de tutela, y para que diera respuesta al siguiente cuestionario:

“1. Qué respuesta dio la Administradora del Fondo de Pensiones BBVA HORIZONTE Pensiones y Cesantías, al Oficio N° 5848 de 2010, mediante el cual el Instituto de Seguros Sociales solicitó a la Oficina de Devolución de Aportes, la información detallada de los aportes efectuados por el ciudadano José Roselver Rodríguez Espitia con cédula de ciudadanía número 17137548, a ese Fondo.

“Para una mejor comprensión de la pregunta anterior, se le informa al interrogado que el Instituto de Seguros Sociales hace mención de dicho oficio en el antepenúltimo párrafo de la parte considerativa de la resolución N° 010444 de 27 de abril de 2010, la cual obra a folios 1 a 4 del cuaderno de tutela.

“2. Sírvase informar el motivo por el cual no se ha producido el traslado de fondos del ahorro del ciudadano previamente identificado, al Instituto de Seguros Sociales, de no haberse realmente producido.

“3. Favor anexar los documentos que considere pertinentes para una mejor comprensión de la situación”.

1. La respuesta fue radicada por Horizonte, Pensiones y Cesantías, el 7 de marzo de 2011, informando lo siguiente:

“El 13 de febrero de 1995 el señor JOSE ROSELVER RODRÍGUEZ ESPITIA identificado con cédula de ciudadanía 17.137.548 suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. como traslado de régimen.

“Mediante el cruce masivo realizado a través de Asofondos en cumplimiento del Decreto 3800 de 2003, se determinó que en el caso del señor JOSE ROSELVER RODRÍGUEZ ESPITIA, el mismo se encontraba válidamente afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

“Como consecuencia de lo anterior, el 19 de julio de 2007 esta Sociedad Administradora efectuó la desafiliación del señor JOSE ROSELVER RODRIGUEZ ESPITIA ante el fondo de Pensiones Obligatorias (sic) Horizonte, con lo cual quedó válidamente afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES dentro del Sistema General de Pensiones.

“Ahora bien, es importante resaltar que durante la vinculación del citado señor, no se efectuaron a su favor aportes pensionales a su cuenta individual del Fondo de Pensiones Obligatorias Horizonte. (Adjuntamos copia del Estado de Cuenta).

“Con lo anterior, es claro que al no tener aportes en su cuenta individual del Fondo de Pensiones Horizonte, no había lugar al traslado de suma alguna al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES”.

1. Con respecto a la primera pregunta del cuestionario informan que no recibieron copia del oficio N° 5848 de 2010 donde el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES solicita la devolución de aportes que a nombre del señor JOSE ROSELVER RODRIGUEZ ESPITIA se habían efectuado en la cuenta individual del fondo de Pensiones Horizonte.

1. Adjuntan certificación expedida por la Jefatura de afiliación y traslado en la cual se informa que al señor JOSE ROSELVER RODRIGUEZ ESPITIA no se encuentra vinculado al Fondo de Pensiones y que durante su vinculación no se efectuaron aportes.

1. Señalan que verificada la información del Sistema de Información de las Administradoras de Fondos de Pensiones (SIAFP), se evidencia que el actor se encuentra afiliado a otro régimen, por lo que el ISS cuenta con la información necesaria para analizar y decidir sobre cualquier prestación que éste solicite.

1. Por todo lo anterior, solicitan desestimar la acción de tutela instaurada contra ellos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes. También por haber sido dispuesta su revisión mediante auto del catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010), por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez.

Problema jurídico

Antes de resolver el problema jurídico, la Sala, con base en los requisitos que tiene sentada la jurisprudencia de la Corte en materia pensional, deberá establecer (i) si la acción de tutela es procedente. De ser afirmativa la procedencia de la acción, analizará (ii) el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y con base en este inferirá en qué casos se aplica la normatividad pensional de la Ley 33 de 1985; luego, (iii) pasará a dar solución al caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela en materia pensional. Reiteración de jurisprudencia

1. El derecho a la Seguridad Social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la

Constitución Política en los siguientes términos:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

“La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

“La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

1. En un principio, tal derecho, era considerado fundamental por la Corte, sólo en la medida en que su desamparo generara la vulneración de otros derechos fundamentales autónomos, como el mínimo vital o la vida. (argumento de la conexidad)². Así por ejemplo, en una sentencia antigua sobre este tema, la T-449 de 1992, se trabajó el problema de la fundamentalidad del derecho con base en la obligación de amparar personas amenazadas por alguna enfermedad, accidente, desprotección, o desempleo. Hoy en día, la Corte reconoce el derecho a la seguridad social como un derecho fundamental independiente y autónomo que puede ser objeto de protección constitucional mediante acción de tutela³. Lo anterior, en la medida en que se cumpla el requisito de la subsidiariedad, se requiera con urgencia para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o el peticionario de la medida sea un sujeto de especial protección constitucional, como se explica a continuación.

1. Con respecto a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no es para solicitar el reconocimiento y pago de los derechos pensionales, cuando el afectado tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos a través de otro medio de defensa judicial como sería un proceso ordinario laboral o contencioso administrativo, según el caso⁴.

Sin embargo, cuando los medios de defensa judicial ordinarios resultan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales del peticionario o cuando se puede prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela se torna procedente⁵.

1. Por otra parte, esta Corporación también ha señalado que, cuando el amparo de los derechos prestacionales es solicitado por personas de la tercera edad, los requisitos de procedencia de la acción de tutela deben ser analizados con mayor flexibilidad en atención a que el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional, de acuerdo con el artículo 46 de la Constitución Política.⁶

Así lo expresó la Corte en la sentencia T-238 de 2009:

“En lo que respecta a las personas que han alcanzado un grado avanzado de edad, el tratamiento constitucional que debe aplicarse es el de conceder el amparo de sus derechos fundamentales, a pesar de que exista la posibilidad de solicitar dichas prestaciones a través de los mecanismos judiciales que para el efecto tiene contemplada la ley”.

En suma, por regla general, la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento y pago de los derechos pensionales. Excepcionalmente es procedente, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuando los medios judiciales ordinarios disponibles no son adecuados para proteger los derechos del peticionario, o cuando el actor es un sujeto de especial protección constitucional.

1. Ahora bien, con respecto a la acreencia específica de la pensión de vejez, la Corte también

ha establecido su carácter fundamental, por ser un derecho derivado de la seguridad social, consistente en percibir el goce efectivo de una mesada que refleje el salario base de cotización devengado por el beneficiario ex trabajador durante toda su vida laboral; incluye la garantía inherente de recibir asistencia médica en salud, y su monto debe ser suficiente para subvencionar el mínimo vital del pensionado, en condiciones económicas similares a las que tuvo durante su vida activa.

De ahí que el inciso 1° del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, señale que la pensión de vejez mínima, debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente:

“ARTÍCULO 35. PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ O JUBILACIÓN. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente”.

1. El derecho al mínimo vital surge de la necesidad que tiene todo ser humano, de contar con un mínimo de elementos materiales e inmateriales para existir, tales como un techo, una alimentación, un trabajo, unos servicios de salud, una educación y una recreación; la primera vez que este derecho fue invocado ante la Corte Constitucional, en la sentencia T-426 de 1992, fue denominado por el peticionario, como derecho a la subsistencia⁷, y así se refirió el fallo al respecto.

“Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”.

En este lugar debe aclararse que el concepto de mínimo vital no es sinónimo de salario mínimo. Así lo expresó la Corte, en la sentencia SU-995 de 1999:

“Si bien ciertos criterios económicos permiten fijar un salario mínimo, como base ineludible para la negociación colectiva o individual del salario entre las partes de una relación laboral,

ésta es una medición que no agota el aludido concepto de mínimo vital protegida por la Constitución, ni puede identificarse con él sin dar al traste con la cláusula del Estado Social de Derecho y desnaturalizar el principio de igualdad. En efecto, cada individuo que ingresa al mercado laboral -independientemente del estrato que ocupe-, recibe una retribución económica que, en principio, constituye la base de los gastos de manutención que plausiblemente espera cubrir y de las carencias que aspira superar. De ahí, que la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v. gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida”.

1. Sin embargo, la Corte sí ha presumido la vulneración del derecho al mínimo vital, cuando el peticionario devenga un salario mínimo legal vigente, casos en los cuales no es preciso determinar si con el no pago de la prestación se transgrede la vida digna. Correlativamente, cuando los ingresos del peticionario superan dicha cuantía, tendrán que analizarse las circunstancias particulares del caso, para establecer si la afectación del mínimo vital conlleva o no el quebrantamiento de la vida digna.

Ahora bien, el derecho al goce efectivo de la pensión de jubilación o vejez, está estrechamente ligado al derecho al mínimo vital, y al carácter fundamental del derecho a la seguridad social en personas de la tercera edad, porque quienes lo reclaman son personas que por definición no tienen acceso al trabajo, independientemente del monto de la pensión de jubilación que esperen recibir, expectativa que tiene como base el nivel de vida granjeado con sus capacidades y esfuerzo.

1. De otra parte, la Corte también ha afirmado que a las entidades gestoras les corresponde un impulso procesal eficiente en la gestión del trámite de la pensión, y que “la demora permite la prosperidad de la tutela por violación del derecho de petición en relación con el derecho a la seguridad social”.

Así lo expresó en la Sentencia T-235 de 2002:

“La jurisprudencia constitucional ha venido afirmando que el principio de eficiencia no solamente tiene que ver con la eficacia y la adecuada atención, sino con la continuidad en la prestación del servicio (SU.562/99). Esto es particularmente importante tratándose de la salud. Se debe destacar que la eficiencia debe ser una característica de la gestión. La gestión implica una relación entre el sistema de seguridad social y sus beneficiarios. La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático. Hay acuerdo en la doctrina en que una protección extemporánea atenta contra la eficacia. Por tanto, la demora permite la prosperidad de la tutela por violación del derecho de petición en relación con el derecho a la seguridad social. Por consiguiente, es deber de los funcionarios del Estado concretar con prontitud en hechos positivos los derechos de la seguridad social. El impulso procesal le corresponde a las entidades gestoras, porque no se trata de una administración rogada”⁸.

1. Finalmente, la Corte ha dicho que el derecho sustancial del pensionable debe prevalecer, al momento de resolverse su situación jurídica dentro de determinado marco normativo:

“El derecho a la seguridad social en pensiones es un derecho subjetivo. Reclamable ante los funcionarios administrativos; y también ante los funcionarios judiciales porque la justicia es una función pública y los ciudadanos tienen acceso a ella. El derecho se adquiere no solo con base en la actual normatividad de la ley 100 de 1993, sino también de acuerdo con los regímenes pensionales anteriores, siempre que se den algunas circunstancias que la ley exija, por permitirlo. El aspirante a pensionado tiene el derecho a que se le resuelva su situación dentro del marco normativo correspondiente, preferenciándose el derecho sustancial” (T-631 de 2002)

1. En conclusión, el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación es un asunto de relevancia constitucional por estar radicado en personas de la tercera edad; la privación de este derecho puede afectar el derecho al mínimo vital de este grupo de ciudadanos, y la

procedibilidad para ser reclamado por vía de tutela se hace más urgente cuando convergen otras circunstancias que complican la existencia digna del sujeto, tales como padecimientos de salud, carencia de otros recursos para subsistir, e indefinición del marco normativo en que se encuentra el afectado. El reconocimiento extemporáneo del derecho con base en esta última circunstancia puede converger en la ocurrencia de un perjuicio irremediable que el juez de tutela está llamado a evitar, previa ponderación de todos esos factores en cada caso concreto.

1. La Sala encuentra procedente la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que la situación fáctica descrita en los numerales 1 a 6, encuadra fácilmente en los requisitos de procedibilidad de solicitudes pensionales previamente descritos. Por ello, a continuación reiterará lo que ha dicho la Corte Constitucional sobre el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia

1. Los regímenes laborales de transición se establecen para proteger derechos de los trabajadores, adquiridos o en vía de adquisición, de cambios normativos que introducen condiciones más estrictas que aquellas bajo las cuales se venían rigiendo, de acuerdo a los preceptos de la legislación anterior.

En la sentencia C-789 de 2002, la Corte se refirió a dichos regímenes de la siguiente manera:

“un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.”

1. La Ley 100 de 1993, creadora del Sistema de la Seguridad Social Integral, al mismo tiempo que derogó los regímenes pensionales existentes con anterioridad a su expedición, mantuvo un Régimen de Transición tendiente a proteger los derechos de personas que se encontraban próximas a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, siempre y cuando las condiciones estipuladas para ser beneficiario de dicho régimen, se hubieran cumplido al momento de la entrada en vigencia de la Ley; esto es, el 1° de abril de 1994.

1. En el artículo 36 de dicha Ley se estableció, que la edad para acceder a la pensión de vejez continuaría siendo de 55 años para las mujeres y aumentaría a 60 para los hombres, hasta el año 2014; y que a partir del año 2014, las edades serían incrementadas a 57 y 62 respectivamente⁹.

1. También se dispuso, que las siguientes personas quedarían exceptuadas de la aplicación universal del sistema, y continuarían cobijadas por el régimen anterior a la Ley 100, al cual se encontraban afiliados según cada caso particular, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y monto de la pensión:

* Mujeres que el 1° de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad.

* Hombres o Mujeres con 15 o más años cotizados, a la misma fecha.

1. En el caso de los servidores públicos afiliados al Instituto de Seguros Sociales antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el régimen pensional vigente era el de la Ley 33 de 1985¹⁰, la cual en su momento unificó en 55 años la edad de jubilación para hombres y mujeres, y dispuso en su artículo 1° lo siguiente:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja

de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”¹¹.

En otras palabras, los requisitos que estipulaba la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación eran¹²:

* Haber laborado durante veinte años o más para entidades del Estado, y

* Tener cincuenta y cinco (55) años de edad.

1. Ahora bien, teniendo en cuenta que en el caso sub lite, la entidad demandada considera que al actor no le es aplicable el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por haberse afiliado a un fondo privado de pensiones, la Sala tiene que referirse al tema del Traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al Régimen de Prima Media, para los beneficiarios del régimen de transición, asunto sobre el cual la Corte ya se ha pronunciado por vía de constitucionalidad y de acción de tutela.

Traslado para los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen solidario de prima media con prestación definida

1. En primer lugar hay que decir que, en virtud de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las únicas personas que quedarían excluidas del régimen de transición serían quienes voluntariamente se acogieran al régimen de ahorro individual con solidaridad o quienes estando en éste se cambiaran al de prima media con prestación definida.

1. Así fue regulado por los incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993:

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia

el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

En tal sentido, las normas transcritas pueden interpretarse como que el derecho a quedar protegido bajo el régimen de transición se extingue, cuando se escoge, inicialmente o por traslado, el régimen de ahorro individual, y tal derecho no se recupera por el ulterior cambio que se haga al régimen de prima media.

1. El motivo de esta exclusión, fue explicado así, en la sentencia T-879 de 2010:

“Esta garantía es extensible sólo a quienes se encuentran afiliados al régimen de prima media con prestación definida, en tanto la normativa pensional anterior a la ley de seguridad social era similar a éste; no es aplicable al régimen de ahorro individual con solidaridad por cuanto antes de la Ley 100 de 1993, no existían regímenes pensionales estructurados sobre la posibilidad de que los afiliados acumularan un ahorro de capital, que permitiera la consolidación del derecho a la pensión”.

1. Con posterioridad a lo regulado por la Ley 100 de 1993, acerca de la extinción del derecho a quedar protegido por el Régimen de Transición, la Corte ha proferido diversos pronunciamientos, suscitados, ya por demandas de inconstitucionalidad contra los artículos pertinentes de la Ley 100 de 1993 o sus reformas, ya por acciones de tutela contra decisiones que afectan casos particulares; a continuación la Sala se va a referir a los fallos más importantes, con el ánimo de sintetizar el alcance del derecho al traslado de beneficiarios del régimen de transición entre regímenes de pensiones, y poder dar solución al caso concreto.

1. Los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, previamente citados, fueron demandados por inconstitucionalidad, porque a juicio del demandante, si el régimen de transición constituía un derecho laboral adquirido y concreto, constitucionalmente no era admisible que el legislador estableciera su pérdida por afiliarse voluntariamente al nuevo sistema de ahorro individual con solidaridad. También se aducía que no era viable excluir, a quienes habiendo escogido inicialmente el sistema de ahorro individual con solidaridad, se trasladaran nuevamente al régimen de prima media con prestación definida. La aludida demanda de inconstitucionalidad fue resuelta por la Corte mediante sentencia C-789 de 2002.

Para abordar el problema, la Corte empezó por aclarar, que el legislador había previsto el Régimen de Transición a favor de las tres categorías de trabajadores señaladas previamente en el numeral 16, a saber: los hombres que tuvieran más de 40 años, las mujeres mayores de 35, y los hombres o mujeres que independientemente de su edad, hubieran cotizado más de quince años, al momento de entrar en vigencia la Ley.

Asimismo precisó, que el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo hacía referencia a que el régimen de transición no sería aplicable a las dos primeras categorías de personas, dejando por el contrario, a los trabajadores que el 1° de abril de 1994 contaban con 15 años de servicios cotizados, dentro del régimen de aplicabilidad de la misma.

Conforme a ello, la Sala Plena arribó a la conclusión de que tales personas no estaban expresamente excluidas del régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, como tampoco quienes se trasladaron al régimen de prima media y posteriormente regresaban al de ahorro individual. Lo hizo con fundamento en el principio de proporcionalidad, al considerar que sería violatorio que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo necesario para acceder a la pensión, al tiempo de entrar en vigencia el sistema, terminaran perdiendo las condiciones en las que aspiraban recibir la pensión.

En consecuencia, resolvió declarar la exequibilidad condicionada de (i) los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que tales disposiciones no eran aplicables, a quienes hubieran cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y (ii) del inciso 5° del artículo 36 de la

Ley 100 de 1993, en el entendido que el Régimen de Transición se aplicará a quienes estando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia la Ley, y decidieran regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando cumplieran dos condiciones: a) trasladar al régimen de prima media con prestación definida todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, y b) tener ahorrada una suma que no podía ser inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En este caso, el tiempo trabajado les sería computado en el régimen de prima media¹³.

1. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue modificado posteriormente, por el artículo 4° de la Ley 860 de 2003¹⁴, cuya constitucionalidad fue examinada en la sentencia C-754 de 2004, debido al siguiente cargo formulado contra éste:

“...Si bien las expectativas legítimas no se consideran derechos adquiridos, sí se equiparan jurídicamente a éstos en razón a que gozan de fuero constitucional. Así las cosas, en la medida en que el Congreso, mediante la Ley 860, menoscaba tales expectativas, está vulnerando el artículo 53 de la Constitución Política”.

También alegó el demandante que con la nueva ley se vulneraba el artículo 243 de la Constitución Política, por desconocimiento de lo decidido en la sentencia C-789 de 2002, porque se desconocían las expectativas de reconocimiento de la pensión proyectadas sobre el régimen pensional anterior, al cual estaban sometidos.

La Corte decidió declarar inexecutable el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, por encontrar configurado un vicio no subsanable en la elaboración de la ley, consistente en que su texto no había sido discutido por las Comisiones Séptimas Constitucionales, ni por la Plenaria de la Cámara de Representantes. En el fallo también se precisó que con base en los criterios expuestos en la Sentencia C-789 de 2002, la nueva norma discordaba con la Constitución.

1. El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, a su vez, fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que estableció:

“Artículo 2°. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:
Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”

1. Originalmente la norma prescribía que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. La modificación introducida por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, consistió en aumentar a cinco años, el tiempo que debían esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional. Adicionalmente incluyó una prohibición, consistente en que el afiliado pudiera trasladarse cuando le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad exigida para tener derecho a la pensión, la cual empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

En términos constitucionales lo anterior significaba que las personas que pertenecían a la tercera categoría de afiliados cobijados por el Régimen de Transición, o sea quienes hubieran cotizado 15 o más años de servicios, (ver fundamento 17), cuyo derecho a no perder el régimen de transición a su vez había quedado protegido en los términos de la Sentencia C-789 de 2002, no podrían trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para hacer uso de los beneficios del régimen de transición, cuando les faltara 10 años o menos para llegar a la edad requerida para exigir la pensión de vejez.

1. La constitucionalidad del nuevo artículo fue analizada por la Corte en la Sentencia C-1024 de 2004, la cual declaró condicionalmente exequible por el cargo formulado, el inciso final

del literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 200316, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. La exequibilidad quedó condicionada, a que las personas que reunieran las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no hubieran regresado al régimen de prima media con prestación definida, pudieran volver a éste en cualquier tiempo, conforme a los términos de la Sentencia C-789 de 2002.

1. La Corte argumentó la exequibilidad de la norma con fundamento en que el período de carencia o de permanencia obligatoria previsto en la disposición acusada, conducía a la obtención de un beneficio directo para los sujetos destinatarios de la obligación, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, aseguraba la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos que habían de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.

1. En otras palabras, lo establecido por la Corte en la Sentencia C-789 de 2002 consistía, en que aquellas personas que habiendo cumplido el requisito de haber cotizado mínimo quince años de servicios al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y que previamente se habían trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tenían derecho a regresar en cualquier momento, al régimen de prima media con prestación definida¹⁷, siempre y cuando cumplieran dos condiciones:

a) Trasladar al régimen de prima media con prestación definida todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Tener ahorrada una suma que no podía ser inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

1. Como se puede observar, la sentencia C-789 de 2002, señaló una condición cuantitativa para el afiliado, en el sentido de que el monto ahorrado bajo el régimen de ahorro individual

con solidaridad no podía ser inferior a los aportes legales que el mismo habría tenido que hacer, de haber permanecido en el régimen de prima media.

1. Sin embargo, cuando se expidió la Ley 797 de 2003, el artículo 7° de la misma, modificadorio del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tornó este último requisito en imposible de cumplir, toda vez que la norma generó una desigualdad en el porcentaje destinado a la pensión de vejez para cada uno de los regímenes. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 1.5% de la cotización estaba dirigido a un fondo de garantía de pensión mínima, y en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el 1.5% de la cotización, estaba dirigido a financiar la pensión de vejez.

1. Esto generó como consecuencia que en sendas ocasiones, el derecho al traslado de régimen de pensiones fuera tutelado por la Corte, a pesar de no cumplirse el requisito de equivalencia en el ahorro, porque “No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio”¹⁸.

1. El anterior inconveniente constitucional fue posteriormente resuelto, con la expedición del Decreto Reglamentario 3995 de 2008, el cual, aunque expedido con el propósito de detener la práctica de la multifiliación pensional, consistente en estar afiliado al mismo tiempo a dos regímenes pensionales, prescribió en el último artículo que las reglas para traslado descritas en el artículo 7 del decreto, se aplicarían también a los casos de personas beneficiarias del régimen de transición que solicitaran regresar al régimen de prima media en los términos de las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004¹⁹.

1. El recuento jurisprudencial hecho previamente, fue trabajado más detalladamente en la sentencia SU-062 de 2010²⁰, donde la Corte consideró que la disposición contenida en el Decreto 3995 de 2008²¹, citada anteriormente, habilitaba plenamente el cumplimiento de la

exigencia impuesta por la sentencia C-789 de 2002; Por ello encontró imperativo “ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta Corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.”

No obstante, la Sala Plena también observó, que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de la equivalencia del ahorro no necesariamente tenía que provenir de las reglas de distribución de aporte introducidas por la Ley 797 de 2003, sino que podía derivarse de “la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, factor que está asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que en el régimen de prima media existe un fondo común y en el de ahorro individual uno personal”.

Ante dicha observación, la Sala planteó el interrogante de si en tales casos el derecho al traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, debe negarse de plano por incumplimiento de los requisitos impuestos en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, y para encontrar la respuesta acudió a la sentencia C-030 de 2009 donde se había resuelto un problema jurídico similar²².

1. En esos términos la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó, que “no se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”.

1. La Corte aclaró en dicho fallo, que aunque el Decreto 3995 de 2008 no había sido expedido cuando el afectado hizo la solicitud de traspaso al Instituto de Seguros Sociales, ni cuando éste y el Fondo de Pensiones y Cesantías estudiaron la procedencia de la solicitud, la norma se debía aplicar siempre, en la medida en que estuviera vigente en el momento de hacerse la entrega del dinero ahorrado al régimen de prima media con prestación definida, sin importar

si la fecha en que se hizo la solicitud, fue anterior a la expedición del mismo.

1. Sobre el caso particular la Sala expuso que no contaba con la información necesaria para determinar si el monto de lo ahorrado por el actor en el régimen individual era inferior o equivalente al aporte legal correspondiente en caso de que hubiera permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, y por ello ordenó, al Instituto de Seguros Sociales y al Fondo de Pensiones y Cesantías, conjuntamente, verificar el cumplimiento del requisito en forma coordinada; y a la Administradora de Pensiones en forma individual, autorizar el traslado, en caso de que el mismo se cumpliera. Asimismo, el fallo dispuso que en caso contrario, se le debía ofrecer al peticionario la posibilidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia que se requería para alcanzar la equivalencia exigida por las sentencias de la Corte.

En otras palabras, la orden de traslado se impartió supeditada, a la confirmación de cumplimiento del requisito de equivalencia del ahorro, o en su defecto, a la posibilidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero restante para alcanzar el monto correspondiente al aporte legal que hubiera logrado si hubiera permanecido en el régimen de prima media. Lograda la meta, el actor habría de adelantar el trámite de traslado de la totalidad: el ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad y la diferencia aportada por el mismo, al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Adicionalmente, ordenó que si la exigencia de la equivalencia del ahorro no se cumplía, le ofreciera al accionante “la posibilidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media; al cabo de lo cual deberá iniciar los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad... y la diferencia aportada por el mismo, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008”.

Conclusiones

1. Del marco jurídico y jurisprudencial previamente expuesto se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1. El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, quedó previsto para aquellas personas que el 1° de abril de 1994, acreditaran las siguientes características:

(i) Mujeres con 35 años de edad cumplidos.

(ii) Hombres con 40 años de edad cumplidos, y

(iii) Hombres o Mujeres con 15 años o más de servicios cotizados a tal fecha.

1. Las categorías de pensionados (i) y (ii), pierden su derecho al régimen de transición cuando escogen, inicialmente o por traslado, el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que éste pueda ser recuperado por cambiarse posteriormente al régimen de prima media.

1. Como consecuencia de lo anterior, la garantía de permanecer cobijado por el régimen de transición, sólo es aplicable a quienes perteneciendo a las categorías (i) y (ii), permanecen afiliados al régimen de prima media con prestación definida.

1. La categoría de trabajadores (iii), a contrario sensu no se excluye del régimen de transición, ni por trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni por regresar a dicho régimen después de haberse trasladado al de prima media.

1. Los trabajadores del Grupo (iii) deben cumplir dos condiciones para poder regresar al

régimen de prima media y ser beneficiarios del régimen de transición:

- a. Trasladar todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b. Tener ahorrada una suma equivalente o superior a la que hubieran ahorrado de haber cotizado en el régimen de prima media, ó
- c. Aportar, en un plazo razonable, la diferencia requerida para alcanzar la equivalencia del monto del aporte legal correspondiente, si hubieran permanecido en el régimen de prima media, caso en el cual, el Instituto de Seguros Sociales, por ser el administrador de este régimen, debe brindarle tal posibilidad.

1. Con base en ellas la Sala procede a dar solución al caso concreto.

Caso Concreto

1. Determinada la procedencia de la presente acción de tutela, (fundamento 13), el siguiente paso consiste en discernir, con base en cuál condición se hizo beneficiario del régimen de transición el actor: si por tener 40 años cumplidos el 1° de abril de 1994, ó si por tener 15 o más años de servicios cotizados a tal fecha.

1. Está probado que el actor pertenece a la Categoría (iii) de trabajadores cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por las siguientes razones:

* En el expediente obra prueba de que acreditó 1103 días de servicios cotizados a Cajanal, y 6235 días al Seguro Social. En total, 7283 días equivalentes a 1034 semanas, correspondientes a 20 años, 1 mes y 8 días, y

* En la Resolución N° 010444 de 27 de abril de 2010 expedida por el Instituto de Seguros Sociales²³ se afirma que el asegurado “cuenta con 15 años cotizados antes del 01 de Abril de 1994”

1. El motivo de rechazo de la solicitud de pensión por parte del ISS, consiste en concluir a partir de las siguientes premisas: (1) que el 1° de agosto de 2003 el actor se trasladó al Régimen de Prima Media, y (2) que “los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual no han sido trasladados al Régimen de Prima Media administrado por el ISS, (...)”, que “el asegurado NO recupera el Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”

La siguiente es la interpretación que hace de la Sentencia C-789 de 2002:

“Que sobre la aplicabilidad del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se tiene que el asegurado se afilió a un fondo privado de pensiones por lo que es conveniente precisar que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-789 de 2002, estudiando la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, referente a la conservación del régimen de transición manifestó “...las personas que hubieren cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentre en el régimen de prima media con prestación definida, tendrá derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicio, edad, y monto de la pensión consagrada en el régimen anterior, siempre y cuando: a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad.”

1. El traslado de fondos es una responsabilidad compartida entre el ISS y el fondo privado, obligación de la cual, en el caso particular tenía conciencia la entidad demandada, toda vez que, como ya se ha dicho, tal y como quedó estipulado en la resolución 010444 de 27 de abril de 2010, “mediante oficio N° 5848 de 2010 se solicita a la Oficina de Devolución de Aportes la información detallada de los aportes efectuados a la AFP HORIZONTE del asegurado de la referencia.”. En sentido material, el actor nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media y por lo tanto nunca perdió su calidad de beneficiario del régimen

de transición.

1. Ahora bien, ¿Qué ahorro podría trasladarse de Horizonte, Pensiones y Cesantías al ISS si el saldo allí cotizado es cero? Como quedó demostrado con las pruebas solicitadas en sede de revisión, (Antecedente N° 14), el 13 de febrero de 1995 el actor suscribió formulario de vinculación a Horizonte, el 19 de julio de 2007 fue desafiliado y válidamente afiliado al ISS en virtud del cruce masivo llevado a cabo por el fondo en obediencia del Decreto 3800 de 2003, durante la vinculación del actor al fondo privado no se efectuaron aportes pensionales a su cuenta individual, y éste no recibió el oficio N° 5848 de 2010.

1. El acto administrativo proferido por el Instituto de Seguros Sociales no explica las razones por las cuales los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual no fueron trasladados al Régimen de Prima Media administrado por el ISS, sino que con base en ello pasa a resolver la solicitud de pensión con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, es decir, despojando al actor de su derecho a ser beneficiario del Régimen de Transición; y ello, a pesar de manifestar dentro de la Resolución que resuelve la solicitud, “Que mediante oficio N° 5848 de 2010 se solicita a la Oficina de Devolución de Aportes la información detallada de los aportes efectuados a la AFP HORIZONTE del asegurado en referencia”,

1. La vulneración superior del derecho a la seguridad social en el caso sub lite proviene de hacerle perder al actor los beneficios del Régimen de Transición, con el argumento de que dicho régimen no se recupera porque los aportes no han sido trasladados al régimen de prima media. Dicho argumento, para negarle la pensión al actor, no tiene asidero jurídico desde la perspectiva del artículo 33 de la Ley 100 de 1993: en primer lugar, porque el saldo en la cuenta de ahorro individual era cero; en segundo lugar, porque la obtención del traslado de fondos es una responsabilidad compartida y el ISS no culminó el trámite supuestamente iniciado con el oficio 5848 de 2010; en tercer lugar, porque con la desafiliación del actor llevada a cabo por Horizonte en cumplimiento del Decreto 3800 de

2003, éste quedó válidamente afiliado al ISS; y en cuarto lugar, porque la condición de equivalencia del ahorro logrado en el régimen de ahorro individual, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-789 de 2002, se traduce en una prerrogativa del beneficiario, consistente en seguir aportando, “en un plazo razonable, la diferencia requerida para alcanzar la equivalencia del monto del aporte legal correspondiente, si hubiera permanecido en el régimen de prima media”. (Fundamentos 28 a 34).

1. Por el contrario, el señor Rodríguez Espitia por contar, en la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, con 48 años de edad²⁴, y tener más de 15 años cotizados, es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto debe aplicársele, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, para el reconocimiento de su pensión, el cual dice textualmente: “Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

1. Otorgarle a la afiliación al fondo privado de pensiones la envergadura que la entidad demandada pretende, no constituye razón justificativa de su negativa a reconocerle la pensión de vejez, porque el actor regresó al régimen de prima media con el derecho de recuperar el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que su caso conlleva.

1. Por ello, la Sala concederá el reconocimiento de su pensión de vejez, conforme al régimen de la Ley 33 de 1985. En consecuencia, revocará la sentencia proferida el 30 de agosto de 2010 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Granada, Meta, mediante la cual negó la acción de tutela interpuesta por José Roselver Rodríguez Espitia contra el Instituto de Seguros Sociales, y ordenará a la misma entidad que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y pague al señor

José Roselver Rodríguez Espitia, la pensión de jubilación correspondiente a las mesadas no prescritas. Es decir, teniendo en cuenta que el señor Rodríguez Espitia solicitó el reconocimiento de su pensión el 28 de julio del año 2009, (Ver hecho # 3), se declarará la prescripción²⁵ y se ordenará hacer el pago de las mesadas pensionales indexadas a partir del mes de julio de 2006, en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio incluyendo la indexación correspondiente a su primera mesada pensional.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,|

RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la Seguridad Social de José Roselver Rodríguez Espitia y, en consecuencia REVOCAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2010 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Granada, Meta, mediante la cual negó la acción de tutela interpuesta por José Roselver Rodríguez Espitia contra el Instituto de Seguros Sociales.

SEGUNDO.- RECONOCER al ciudadano José Roselver Rodríguez Espitia, su derecho a la pensión de jubilación en los términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por estar amparado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual es aplicable a su caso concreto.

TERCERO.- DECLARAR la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al mes de julio del año 2006.

CUARTO.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia reconozca y pague al señor José Roselver Rodríguez Espitia su pensión de jubilación, desde el mes de julio del año dos mil seis (2006), en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo la indexación de su primera mesada pensional.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia del 17 de febrero de 2010 proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Granada, Meta.

2 En relación con el argumento de la conexidad en materia de seguridad social, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-495 de 2003, T-338 de 2004, T-1014 de 2004 y T-354 de 2005.

3 En este sentido, en la sentencia C-1141 de 2008, la Sala Plena de esta Corporación manifestó lo siguiente: “el derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”.

4 Respecto a este punto, se pueden consultar, entre muchas, las siguientes sentencias:

T-718 de 1998, T-660 de 1999, T-408 de 2000, T-398 y T-476 de 2001, T-947 de 2003 y T-620 de 2007.

5 Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-489 de 1999, T-1083 de 2001, T-473 de 2006, T-580 de 2006, T-517 de 2006 y T-395 de 2008.

6 Art. 46 CP: “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

Esta posición a sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-719 de 2003, T-789 de 2003, T-456 de 2004, T-700 de 2006, T-1088 de 2007 y T-953 de 2008.

7 Según la tercera definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, subsistencia es el conjunto de medios necesarios para el sustento de la vida humana.

8 T-235 de 2002.

9 Ley 100 de 1993, “ARTICULO 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de

lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley. el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º.) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”.

10 Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

11 Ley 33 de 1985. Artículo 1º: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a

que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...).”

12 Ver Sentencia T-879 de 2010, donde la Corte concluyó lo siguiente: “Con base en lo anterior se puede concluir, una vez subsanado el reparo hecho por el ISS, que el régimen pensional aplicable a quienes antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, prestaron sus servicios como trabajadores públicos, se afiliaron al Instituto de Seguros Sociales con anterioridad o con posterioridad a la expedición de la referida ley, sirvieron durante más de 20 años continuos o discontinuos a entidades del Estado y han alcanzado la edad de 55 años, es el contemplado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985”.

13 Así lo expresó la resolutive de la sentencia C-789 de 2002:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.”

14 Ley 860 de 2003. “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.”

“Artículo 4°. A partir de la vigencia de la presente ley, modifíquese el inciso segundo y adiciónese el párrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del Sistema General de Pensiones. A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1° de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones incluidas las señaladas por el numeral 2 del artículo 33 y el artículo 34 de esta ley, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 2°. Para los efectos de la presente ley, se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.”

15 “Artículo 2°. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así: Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”

17 “Declarar EXEQUIBLE el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: “Después de un

(1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)", exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

18 T-818 de 2007.

19 Decreto Reglamentario 3995 de 2008. "CAPITULO VII. TRASLADO DE PERSONAS CON MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR LA EDAD PARA TENER DERECHO A PENSIÓN. Artículo 12. Traslado de personas con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión. Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Medía, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7° del presente Decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado".

20 En esta ocasión la Sala Plena de la Corte analizó un caso en el que una persona que era beneficiaria del régimen de transición por haber cotizado más de 15 años al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, solicitaba que se le permitiera el traslado al régimen de prima media con prestación definida, con el objetivo de pensionarse bajo el régimen de transición.

21 "Artículo 7°. Traslado de Recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al

fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.”

22 Demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunos artículos del Decreto 2090 de 2003 y de la Ley 860 de 2003.

23 Folios 1 y 2 cuaderno de tutela.

24 Su fecha de nacimiento es el 22 de enero de 1946.

25 CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.